MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

www.rg.mpg.de

Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2013-02

Joachim Rückert

O BGB – um código sem oportunidade?

http://ssrn.com/abstract=2231513

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2231513

O BGB – um código sem oportunidade?*

Prof. Dr. Joachim Rückert (Frankfurt am Main)

Abstract

Na história do direito privado moderno, o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) de 1900 se destaca como uma das mais importantes obras legislativas. O seu legado, contudo, tem sido objeto de fortes controvérsias desde a sua entrada em vigor. Atualmente, boa parte da história do direito e da doutrina em geral pressupõem uma história do BGB que é particularmente crítica de seus princípios e de seu impacto na sociedade. Mas essa narrativa tradicional não convence. O presente ensaio oferece uma história alternativa que coloca em primeiro plano o ideal legislativo tipificado pelo BGB, qual seja, o de uma legislação orientada por princípios. Do ponto de vista técnico, isso significou regular as relações jurídico-privadas através de proposições jurídicas orientadas por princípios; já do ponto de vista normativo, o ideal legislativo fundava-se no princípio de igual liberdade jurídica. Em seguida, o ensaio esclarece como a ciência jurídica, os operadores do direito e a opinião pública lidaram com o BGB desde 1900. Ainda que minoritária já no início do séc. XX, a atitude crítica em relação ao BGB de autores como Otto Gierke e Anton Menger só aumentou nas décadas seguintes. Dados estatísticos e a própria história social indicam, no entanto, que essa crítica não tinha fundamento empírico. Considerando quatro contextos políticos e sociais bem diferentes nos quais o BGB esteve em vigor, pode-se dizer que o seu ideal de uma legislação orientada por princípios nunca teve oportunidade verdadeira. Desde 1900, observa-se um distanciamento crescente das premissas sociais, políticas e econômicas de um liberalismo social. Desde muito cedo, críticos utilizaram-se de uma imagem distorcida da codificação para legitimar as próprias posições. Entretanto, as condições sociais, econômicas e ideológicas para um código de direito civil baseado no princípio de igual liberdade jurídica só se verificaram por volta de 1960. O ensaio conclui afirmando a importância de se conhecer a técnica legislativa e os princípios que orientaram o BGB, bem como a sua verdadeira repercussão na sociedade alemã desde 1900. Só quando nos separarmos da história tradicional é que poderemos valorizar o legado do BGB para o direito civil atual.

* Publicação original: *Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?*, in: Juristenzeitung, 58. Jg, 15/16 (2003), pp. 749-808. Tradução de Thiago Reis, Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a.M.

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2231513

Abstract
The German Civil Code (1900) – a chanceless Code?

The German *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) of 1900 stands as one of the greatest legislative achievements in the modern history of private law. Its legacy, however, has been controversial ever since it came into force. Today, both legal history and legal doctrine share a traditional historical narrative about the BGB that is largely critical of its principles and their impact on society. But this historical narrative is flawed. The time has come for a new historical account of the BGB. The present essay attempts to provide an alternative history by focusing first on the legislative ideal typified by the German codification: a principle-oriented legislation. From a technical point of view, this meant ordering legal relations through principle-oriented juridical propositions; from a normative point of view, this legislative ideal relied on the principle of equal juridical freedom. Secondly, the essay discusses how legal scholarship handled the BGB since 1900. A critical attitude towards its principles is noticeable already at the beginning of the 20th Century, only to increase in the following decades. However, statistical data and even social history indicate that the critique of the BGB was largely ungrounded. Significantly, critical voices of 1933 such as Wieacker and Larenz continued to make themselves heard after 1945. By distinguishing four very different political and social contexts in which the BGB was in force, one can affirm that the principle-oriented legislation it epitomizes never really stood a chance. The social, economic and ideological conditions for a private law based on equal juridical freedom were not available until around 1960. The essay concludes with the assertion that, since 1900, the BGB has been repeatedly used as a scapegoat for competing views on the principles of private law. In order to truly secure the legacy, it is time we separate ourselves from this traditional history.

O BGB de 1900 festejou recentemente seu centenário. Será mesmo que ele "não teve oportunidade"? As comemorações não foram muito animadas. Em 2004, a França homenageará o *Code Civil* de 1804 com muito mais pompa, como aliás já o fizera em 1904. Tampouco se realizou uma homenagem "oficial". Preferiu-se a duvidosa glória de uma autoconfiante "modernização" do direito obrigacional – a despedida da pesada e antiga construção parecia já vir atrasada. Ora, despedidas são necessárias, mas o diagnóstico "código que não teve oportunidade" lhe daria uma leitura um tanto severa: a "modernização" ter-se-ia fundado em pressupostos muito duvidosos, segundo os quais desde 1900 muita coisa teria dado errado, tendo os principais atores da nossa cultura jurídica fracassado, ou, no mínimo, agido de forma desleal. A julgar pelo diagnóstico, a história do direito privado dos últimos cem anos – mas não só ela – deveria ser reescrita.

As oportunidades de um código dependem do contexto no qual ele deve vir a ter validade. O BGB presenciou três regimes e sociedades: entre 1900-1914 o Império alemão sob

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2231513

Guilherme II., seguindo-se guerra; a partir de 1919 a República de Weimar sob Friedrich Ebert e Paul Hindenburg; em 1933 o regime nacionalsocialista sob Hitler, seguindo-se novamente de guerra; a partir de 1945 a República Federal da Alemanha e a República Democrática da Alemanha; e desde 1990 a República Federal da Alemanha reunificada. Ao menos em quatro destes regimes, vê-se com facilidade as inúmeras dificuldades que deve ter tido um código civil que pretendia tratar as pessoas como "cidadãos" livres e iguais. Claramente, sua real oportunidade para uma sociedade aberta de pessoas essencialmente livres e iguais veio apenas muito depois de 1900, a bem da verdade só algum tempo depois de 1945. Mas o velho BGB parecia não mais merecer esta chance. Jazia enterrado sob uma imagem muito firme, mas também muito equivocada da sua concepção e de seu alcance.

O fato de o nosso código civil, durante a maior parte do tempo, efetivamente não ter tido oportunidade percebe-se apenas quando questionados os (pré)conceitos enraizados em nossas cabeças e livros (infra, I). Eles deformam sobretudo o plano principiológico do BGB, aquilo que, na opinião geral européia, o caracteriza da maneira mais precisa. Isso exige uma dupla explicação: do ponto de vista técnico, o plano principiológico realiza um ideal legislativo raramente alcançado (II); quanto ao conteúdo, ele representa um ideal de direito moderno duramente conquistado (III). Frente a esse panorama, resulta muito claro como e em qual realidade jurídica o legislador, a ciência e a prática do direito lidaram com o BGB desde 1900 (cf. Infra IV e V)[1].

I. O tratamento dado ao BGB e a seus princípios desde 1900

Em 1.1.1900 entrou em vigor, após quase trinta anos de elaboração desde 1874, o primeiro código civil para o Império alemão unificado por seus príncipes e sem a Áustria, acompanhado de muita festa e aplausos, inclusive de um "BGB em versos". A interpretação de sua longa história pertence até hoje aos nossos temas não superados – "não superados" justamente porque dizem respeito à "superação" pós-1945. No direito civil desta época, discutia-se por toda Europa a herança principiológica de um século XIX "liberal", que então aparentava ter sido muito mais bem-sucedido. A história do BGB e de seus princípios, que desde então tornou-se tradicional para nós, lê-se quase que em toda parte de maneira extraordinariamente homogênea. Mas ela não convence. O momento é adequado para lhe contrapor uma outra história, formular as questões decisivas e oferecer respostas novas e comprovadas.

[1] O presente artigo reproduz em forma de ensaio e com poucas citações as conclusões já expostas em RÜCKERT, Joachim. *Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg*, in: SCHMOECKEL, M.; RÜCKERT, J.; ZIMMERMANN, R. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*. Vol. 1: Parte Geral §§ 1-240. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, pp. 34-122. [Quando necessário para uma melhor compreensão da versão em português, notas do HKK foram incorporadas ao presente ensaio, N.T.]

1. A história tradicional

Ela pode ser encontrada em inúmeras narrativas, repetidas a partir de alguns poucos textos-base[2]. Essencialmente, ela é narrada da seguinte maneira:

- O BGB é liberal, mas apenas no sentido "burguês" ou individualista-possessivo do termo, logo liberal manchesteriano e capitalista. Veja-se a este respeito as acanhadas limitações à liberdade nos §§ 138 e 134 em casos de contrariedade aos bons costumes e violação de lei, o controle da "boa-fé" através da "consideração dos usos negociais" nos §§ 242 e 157, a traição ao trabalho produtivo no caso de especificação no § 950, etc.;
- Com isso, o BGB traiu a liberdade e igualdade gerais dos direitos humanos e fundamentais de 1789 e 1849. Veja-se sua recusa antisocial em dar assistência especialmente às "classes populares despossuídas" (Anton Menger), sua separação de leis sócio-políticas como, por exemplo, as relativas ao pagamento de juros e a prestações, sobre responsabilidade por acidentes e proteção do trabalhador, etc.;
- Com isso, o BGB dividiu livres e iguais em burgueses livres e iguais e demais desiguais; a classe trabalhadora tornou-se livre, mas sem direitos; veja-se especialmente o contrato de trabalho e a separação do direito relativo aos serviços domésticos, tratado sem modificações até 1918 no âmbito administrativo;
- O BGB é produto de um formalismo jurídico que escondia as verdadeiras desigualdades, assim como de uma doentia jurisprudência dos conceitos que se refugiava em "verdades" abstratas. Veja-se a incompreensível abstração de seus parágrafos, sua conceitualização romanística anti-germânica, o tratamento desonesto das pessoas como se livres fossem, longe de qualquer diferenciação social, nos §§ 1, 305 (versão antiga) e 903 etc.;
- Ao mesmo tempo, o BGB negou, conscientemente ou não, a tarefa de proteção social também do direito privado. Veja-se as parcas concessões à assistência ou a limitações no contrato de trabalho nos §§ 617 segs., 624, bem como às deficiências do direito de locação etc.;
- O BGB negou também qualquer possibilidade de o direito privado promover valores sociais, fundando-se apenas em egoísmo. Veja-se o seu sistema de direitos subjetivos e pretensões, cujo ponto de partida consiste sempre no indivíduo e na sua vontade, os direitos reais como a propriedade absoluta, ou ainda o dogma da vontade no direito contratual, anulabilidade por erro, etc.

Os argumentos parecem esmagadores, mas a velha história engana. Os próprios textos-base já sugerem isso. Ela foi escrita por quatro autores, especialmente por Franz Wieacker (1908-1995) no já lendário livro de cabeceira de qualquer jurista algo mais cultivado, sua *História*

[2] As narrativas não precisam ser especificadas aqui, visto que o teste é simples: basta pegar qualquer parágrafo sobre o BGB de uma introdução ao direito civil, de um manual sobre a parte geral, introdução geral de um comentário etc., ou mesmo uma história do direito privado para encontrar, com raras exceções, a mesma história e, no rodapé, os textos-base.

do Direito Privado Moderno sob consideração especial do desenvolvimento alemão[3] e na certamente mais conhecida conferência proferida em Karlsruhe em 1953 sobre *O modelo social das codificações clássicas do direito privado e o desenvolvimento da sociedade moderna*[4]; seguido por Karl Larenz (1903-1993) na sua *Metodologia da Ciência do Direito*[5], o livro-chave dos mais teóricos dentre os detratores de uma metodologia e de conteúdos liberais-kantianos; e antes dele também por Gustav Boehmer (1881-1969), o autodenominado "médico social a operar no corpo humano do povo", nos seus *Fundamentos de um ordenamento jurídico civil*[6]; deve-se mencionar ainda a *Introdução ao direito comparado no âmbito do direito privado*[7] de Konrad Zweigert (1911-1996), que educou os jovens juristas de um novo e progressista direito comparado anglófilo. Todos esses livros são muito difundidos e retratam o BGB de forma intensiva e negativa. Eles foram publicados pela primeira vez em 1952, 1960, 1950-52 e 1971, respectivamente. Mesmo nas novas edições atualizadas a história permaneceu em sua versão antiga[8]. Especificamente sobre o séc. XIX, costuma-se ainda citar freqüentemente o elegante e profundo estudo frankfurtense sobre "*Doutrina do Método jurídico*"[9] de Walter Wilhelm e a severa crítica ao positivismo de Peter von Oertzen de 1953[10]. Todos esses textos datam da década de 1950, o que poderia significar uma ruptura. No entanto, os autores traçaram linhas que já haviam sido traçadas antes de 1945 e continuaram a tratar de problemas, nos quais sobreviviam questões e polêmicas não superadas do final do séc. XIX, enriquecidas com as próprias experiências da República de Weimar e do Nacionalsocialismo[11]. Assim, as opiniões de Otto Gierke e Anton Menger, críticos do BGB em 1889 e até hoje venerados, continuaram

---

[3] WIEACKER, Franz. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. 1ª ed. Göttingen: V&R, 1952. [Traduzida para o português por Antonio Manuel Hespanha em 1980 a partir da 2ª ed. alemã de 1967, N.T.].

[4] WIEACKER, Franz. *Das Sozialmodell der klassischen Privatgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*. In: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 3. Karlsruhe: Müller, 1952.

[5] LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin et al.: Springer, 1960 [Traduzida para o português por José Lamego em 1997 a partir da 6ª ed. alemã de 1991, N.T.]

[6] BOEHMER, Gustav. *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*. 2 vols. Tübingen: Mohr, 1950-52. [citação do prefácio, N.T.]

[7] ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 2 vols. Tübingen: Mohr, 1969-70.

[8] Cf. WIEACKER, 2ª ed. 1967; LAERNZ, 6ª ed. 1991; ZWEIGERT/KÖTZ, 3ª ed. 1996. A conferência de Wieacker *Das Sozialmodell der klassischen Privatgesetzbücher* de 1953 foi novamente publicada em *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt: Athenäum, 1974.

[9] WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M.: Klostermann, 1958. (Tese orientada por Helmut Coing em 1955). O estudo de Wilhelm foi descrito, há pouco, como "insuperado até hoje em suas conclusões" e uma "obra-prima definitiva" por SIMON, Dieter. *Walter Wilhelm (1928-2002). Eine Erinnerung*. in: *Rechtsgeschichte*, vol. 2 (2002), p. 146.

[10] OERTZEN, Peter von. *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft.* Frankfurt, 1974. (Tese orientada por Rudolf Smend em Göttingen 1953); publicação parcial dos resultados in: *Festschrift Smend* 1962.

[11] Mesmo a tese central de Wilhelm sobre a migração de um formalismo civilístico – de maneira alguma apolítico – para o direito público, bem como a tese algo mais circunscrita de von Oertzen, é, no ponto

a ser utilizadas aqui de forma decisiva – para além de tempos que, desde então, muito mudaram[12]. Neste sentido, nossas percepções tradicionais sobre o desenvolvimento e o conteúdo da crítica ao BGB reproduzem de forma completamente inadequada certas discussões que, apenas sob outra perspectiva, tornam-se interessantes[13].

Significativa em relação ao tratamento dado ao BGB nesta narrativa tradicional é a expressão muito citada de Franz Wieacker, segundo a qual o BGB seria o filho tardio do liberalismo. Essa denominação irônica tornou-se rapidamente uma etiqueta conhecida muito além dos círculos jurídicos – irônica justamente porque sugere que o filho nasceu tarde demais, praticamente morto, tão morto quanto o liberalismo em 1900 e principalmente nos anos seguintes. Certamente não era uma observação muito positiva. Sobretudo porque ela pressupunha uma grande narrativa histórica extraordinariamente convicta sobre o BGB e sua sociedade. Desde então, ela continua a ser fielmente contada e recontada, mesmo quando se deveria saber que ela provém dos ataques ao liberalismo dos anos pré- e pós-1933, ano que marca a chegada de Hitler ao poder, tendo sua origem portanto em "fonte marrom"[14].

essencial, tão velha quanto a conhecida polêmica de Otto Gierke contra Laband de 1883, na verdade já de 1874.

[12] A crítica destes autores ao BGB no seu tempo não era apenas unilateral do ponto de vista objetivo e em muitos sentidos incorreta, mas também claramente minoritária. Uma revisão da "Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt" [Reunião dos pareceres sobre o projeto de um código civi, pelo Ministério da Justiça do Império], documento abrangente, minucioso e imparcial, de 6 volumes (Berlim 1890/1891, ed. facsímile Osnabrück 1967) cit. aqui vol. 1, p. 1 e segs. mostra, quando comparadas, poucas e isoladas opiniões contrárias ao BGB; vol. 6: adendos, p. 1, 6, 8, 11 e segs.; em 1895, praticamente apenas Gierke criticava o BGB no Congresso de Juristas Alemães [Deutscher Juristentag], cf. a respeito CONRAD, Hermann. *Die Begründung der deutschen Rechtseinheit*, in: CONRAD, H.; DILCHER, G.; KURLAND, H.-J. *Der Deutsche Juristentag 1860-1994.* München: Beck, 1997, pp. 31-33.

[13] Esclarecedor a esse respeito agora SCHWAB, Dieter. *Das BGB und seine Kritiker*, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, vol. 22 (2000), pp. 325-357, esp. 327 segs., 335; igualmente aprofundado SCHUBERT, Werner. *Das BGB von 1896 im Urteil der zeitgenössischen Jurisprudenz*, in: Förderverein der gerichtshistorischen Sammlung des Landgerichtsbezirkes Flensburg e.V. (Ed.), *Das Bürgerliche Recht – Von der Vielfalt zur Einheit*. Flensburg, 2000, p. 42; conciso mas correto já STAUDINGER/COING, 12ª ed. Berlim 1978, Introdução nr. 80; correto mas no tom já muito suavizado PLANCK, Gottlieb. *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, erläutert von Gottlieb Planck, Berlim, 1897, p. XXIXs.: "A maioria dos críticos reconheceu que esses ataques ao projeto [sc. Gierke 1890 e Bähr 1892] eram, no mínimo, desproporcionais […]".

[14] Para uma apreciação mais detalhada cf. *infra* nota 79. [A expressão faz alusão à cor do uniforme dos membros do NSDAP (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei), que já durante a República de Weimar havia-se tornado, por antonomásia, sinônimo de nazista. Fenômeno similar se dá, por exemplo, com o Integralismo no Brasil dos anos 30, cujos integrantes eram conhecidos como "camisas-verde", assim como os "camicie nere" de Mussolini, N.T.].

2. A outra história

Esta conta-se essencialmente assim:

- O BGB nunca foi burguês no sentido aqui relevante de individualista-possessivo, a não ser quanto ao casamento, o que não tem absolutamente nada que ver com manchesterismo[15] e capitalismo, e sim com conservadorismo cristão prussiano; Necessita verificação própria a pergunta acerca do efeito real do BGB nas suas sociedades de então até o presente, ou seja a importante pergunta sobre quem era favorecido ou não e como, se ele tinha um cunho social ou não, e que conseqüências se tira disso[16];
- O BGB nunca traiu a igualdade geral e a liberdade. Para ele, toda pessoa é sujeito de direito, juridicamente igual e livre. A importante questão sobre para quem isso era realmente possível, quem era favorecido, e qual a conseqüência disso, é de novo outro problema, ao qual retornaremos;
- O BGB tampouco discriminou no contrato de trabalho ou em qualquer outro tema. Ele não tratou classes sociais específicas de forma diversa, justamente porque permaneceu fiel ao ideal de igual liberdade jurídica. As forças que lhe davam sustentação pressupunham leal e conscientemente, neste particular, uma divisão de trabalhos, nomeadamente no trabalho conjunto com a assistência e a proteção via legislação especial, na forma como o reformismo social vinha sendo ativamente colocado em prática na época, especialmente desde 1881 com a mensagem do Imperador sobre o seguro social, mas inclusive já antes com a responsabilidade civil (1871), a lei sobre sociedades comerciais (1869 e segs., 1891), a lei de pagamentos a prazo (1894), a resolução do Parlamento sobre o direito dos empregados domésticos (1896), o direito da concorrência (1896, 1909), o direito de seguros (1901, 1908) e outros. O ideal social do BGB não era o indivíduo possuidor isolado, mas sim uma sociedade de pessoas juridicamente iguais e livres. É anti-histórico, descabido e injusto desconsiderar a sua consciente divisão de trabalhos com o direito privado especial e o respectivo direito público. Dever-se-ia, pelo menos, ponderar se essa divisão de trabalhos que, diga-se de passagem, é bem conhecida, não teve êxito, se o direito especial era discriminatório do ponto de vista sociopolítico ou ainda se havia uma alternativa melhor disponível. Mas isso nunca é feito;
- O BGB não foi produto de um especial formalismo, mas sim de um ideal legislativo orientado, tanto do ponto de vista da técnica quanto do conteúdo, por "proposições jurídicas orientadas por princípios". Ele queria regras com conseqüências jurídicas o

[15] Já Gierke utilizava, em 1889, a crítica de "manchesterismo", repetida até hoje. Raramente o termo é usado com clareza. Liberalismo de "Manchester" significa o movimento de liberação do comércio originário daquela cidade inglesa após 1840; no território alemão fez-se disso rapidamente uma bandeira de luta: primeiramente contra a direção dogmática e anti-intervencionista dos comerciantes na economia em J. Prince-Smith em 1860 e depois. Posteriormente, especialmente após 1880, contra liberalismo *econômico* em geral, ainda que esse desde 1880 de forma alguma fosse dominante e – o que importa aqui – no campo *político*, por exemplo na legislação do parlamento do *Reich*, nunca havia sido dominante.

[16] Veja-se sobre isso *infra*, parte IV. 3, após nota 68.

mais claras possível e, ao mesmo tempo, abrangentes, sem cair nem em princípios abstratos e, por isso, dificilmente vinculantes, nem numa casuística concreta e confusa[17]. A acusação de formalismo não tem nada que ver com a simples distinção entre forma e matéria, e sim com um substancialismo filosófico e político de origem duvidosa que pretende retirar o sentido imediatamente "da vida", dando falta desta "vida" no BGB[18]. Não por acaso, essa acusação e sua alternativa cheia de "vitalidade" experimentaram um forte renascimento em Weimar, no Nacionalsocialismo e após 1945[19]. A expressão "jurisprudência dos conceitos" foi cunhada por Jhering intencionalmente como termo pejorativo – mas só em 1884[20]. Ela tornou-se rapidamente uma bandeira de guerra, errônea e injustamente simplificada. Nem mesmo o exemplo sempre citado da definição de ferrovia pelo Tribunal do Império (*Reichsgericht*) de 1879 se enquadra no conceito, já que a definição do Tribunal fundamentava uma ampliação nada óbvia e progressista da responsabilidade civil das fábricas[21];

- O BGB não foi o produto de um "positivismo científico" (assim, Wieacker)[22]. Este exigia inexistência de lacunas no direito, não na lei, proibindo com isso a denegação de justiça. A vinculação do juiz não foi concebida de forma mecânica e como tal implementada, mas sim de forma gradual segundo cada grupo de casos do BGB. Por outro lado, o BGB queria sim "positivismo jurídico" no sentido de afastar da mesa do juiz um vago direito natural, tanto de modo geral como – por razões compreensíveis – em relação aos juízes imperiais, reais e dos granducados de 1900. No entanto, o BGB não pressupunha um positivismo do tipo naturalista-científico ou filosófico[23]. Que se en-

---

[17] Cf. *infra* parte III, nota 33 segs.

[18] Ver a respeito RÜCKERT, J. *Das "gesunde Volksempfinden" – eine Erbschaft Savignys?* In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (ZRG) – Germanistische Abteilung (GA), vol. 103 (1986), p. 199-247, sobre os dois tipos fundamentais de pensamento em jogo aqui, vide p. 240 segs.

[19] Sobre o tema RÜCKERT, J. *Formalismus und vergleichbare Konzepte zum 19. Jahrhundert*. In: SCHULZE, R. (ed.) *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre*. 1990, p. 169-174 (também sobre jurisprudência dos conceitos, mas sobretudo acerca de Wieacker, Larenz e Coing).

[20] Jurisprudência dos conceitos, "i.e., a escolástica na ciência romanística atual", assim JHERING, Rudolf von. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (Facsímile 1964), p. 337. Ignora-se completamente a esse respeito, de forma semelhante à fórmula "jurista como tal" [Jurist als solcher] de Windscheid do mesmo ano de 1884, que o contexto de Jhering se referia à "configuração legislativa" [legislative Gestaltung] (p.338).

[21] Decisões do Tribunal do Império em matéria cível [RGZ - Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen] de 17.3.1879, vol. 1, p. 247-252; há muito tempo correto DUBISCHAR, Roland. *Grundbegriffe des Rechts. Einführung in die Rechtstheorie.* Stuttgart: Kohlhammer, 1968, p. 25 segs.: o Tribunal decide contra a instância inferior e com "palavras surpreendentemente duras".

[22] O conceito está equivocado, pois o elemento "ciência" é aplicado ao BGB e à pandectística de maneira global e no sentido moderno pós-1920 da utilização de "positivista", ao invés de enfatizar a fundamentação idealista da época.

[23] A confusão a esse respeito dá origem a pérolas em lugares inusitados. Atesta-se o "espírito mecanóide" do séc. XIX na medida em que "se acreditava poder reconstruir regularidades sociais e ideais de forma análoga a regularidades das ciências naturais" e, por outro lado, invocava-se um "fundamento jusnatural" no direito internacional privado, veja-se MARTINEK, M. *Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in: SIMON, D. (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik.* Frankfurt: Suhrkamp, 1994, pp. 529-619, aqui 542.

tendia o direito positivo (incluindo-se aqui a lei) como sendo, ao mesmo tempo, racional, é algo bem diferente. A lenda do positivismo alemão de 1946 (Radbruch) e 1950 (Weinkauff) aliviava a culpa ética e jurídica ao transferir a responsabilidade à supostas ordens recebidas por juízes indefesos. Ela passa batida pelo BGB de 1900;

- O BGB não ignorava seu contexto sócio-político, apostando sim num direito privado igual e livre como ideal jurídico que, através do direito especial, ou seja, do "auxílio" do direito público (Savigny 1840)[24] e "assistência"[25] emancipatória, deveria tornar-se real para cada vez mais cidadãos. Representava, assim, um ponto de partida bem pensado, com boas razões e expectativas;
- O BGB não contrapunha livre contra igual e social, mas perseguia de maneira moderna e socialreformista ambos os fins, justamente em divisão de esforços com todo o ordenamento jurídico[26];
- O BGB não negligenciou de forma egoísta "a" missão comunitária do direito privado. Ele deu, ao contrário, uma contribuição indispensável para a primeira tentativa de criar uma "sociedade aberta" (Karl Popper, 1945) no direito civil e na Alemanha. Isso ocorreu em estreita vinculação aos direitos do indivíduo, em 1900 inclusive de forma subsidiária à Constituição do Império[27]. Após 1933, o direito subjetivo foi polemicamente escrachado (K. A. Eckhardt). A partir daí, o desaparecimento desta sociedade aberta foi sentido conseqüente e dolorosamente.

Em suma, o BGB de 1900 era um código de liberdade jurídica igual e de grandes expectativas – nada ilusórias – de uma sempre maior liberdade jurídica igual e de progresso socioeconômico nesta mesma direção. Tornou-se, entretanto, um código sem oportunidade[28]. Essa história

---

[24] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts.* Vol. 1. Berlim: Veit, 1840, p. 371: "O auxílio… não se origina no campo do direito privado, mas sim no do direito público". A conhecida citação: "Por isso, o rico pode deixar o pobre sucumbir por falta de apoio ou pelo exercício duro de um direito obrigacional", que se lê em Wieacker et al., suprime deliberadamente a parte final do texto onde é mencionado o "auxílio". Cf. a respeito RÜCKERT, J. *"Frei" und "sozial": Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen,* in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, vol. 23 (1992), pp. 223-294, aqui 247.

[25] Aqui, como amiúde, palavras iguais escondem transformações essenciais. Veja-se sobre proteção "assistencial" objetiva e *heterônoma* pelo Tribunal do Império [RG] após 1915 - ao invés de *autônoma* como no contrato em favor de terceiro na concepção do BGB, excelente HOFER, Sibylle. *Drittschutz und Zeitgeist*, ZRG - GA vol. 117 (2000), p. 377-394, esp. 384-387.

[26] Veja-se, por exemplo, PLANCK, Gottlieb. *Zur Kritik des Entwurfes eines BGB*, in: AcP, vol. 75 (1889), p. 327-429, aqui 406: "O BGB não possui um objetivo social neste sentido [sc. no interesse dos agricultores ou proprietários ou grandes industriais ou operários ou classes trabalhadoras]. Em realidade, há, no âmbito do direito privado, perguntas suficientes nas quais os interesses assinalados devem ser considerados. O código civil não deve em nenhuma hipótese privilegiar o interesse de uma ou de outra classe, mas sim encontrar, ponderando todos os interesses em questão, a regulamentação que melhor corresponde ao bem do todo. […] Inovações sociais […] devem ser relegadas a legislação especial do Império ou de cada Estado confederado".

[27] Sabidamente, a Constituição do Império de 1871 não oferecia direitos fundamentais, embora no plano dos direitos territoriais a situação fosse diversa.

[28] Esse aspecto é retirado do meu estudo: *Zeitgeschichte des Rechts*, in: ZRG-GA, vol. 115 (1998), p. 1-85, esp. 73 segs. Semelhante talvez o comentário de SCHULTE-NÖLKE, H. *Das Reichsjustizamt und die Entstehung*

diferente do BGB depende inteiramente do argumento de que ele se funda no princípio de uma liberdade jurídica igual, sendo, talvez justamente por isso, um código ordenado segundo princípios de forma consciente e magistral. Resta mostrar, portanto, com que finalidade essa legislação por princípios foi escolhida e com quais princípios.

II. Para que uma legislação por princípios e como?

Uma resposta a essa pergunta deve partir do problema jurídico a ser regrado quando um legislador decide atuar por princípios. "Princípio" significa então não apenas uma expressão lingüística como "deves agir com princípios", tampouco a disposição mais ou menos clara e sistemática de um tratado ou de uma lei como parte de uma ordenação segundo princípios[29]. Trata-se muito mais de uma questão jurídicoprática que contém dois aspectos: devem existir princípios e, no caso afirmativo, quais? Veja-se a esse respeito o seguinte exemplo, conhecido de qualquer jurista da Alemanha:

Todos nós trabalhamos com o "princípio do Estado de bem estar social". O que está em jogo aqui juridicamente? Nós otimizamos decisões numa direção "social". Assim, alcançamos uma cobertura de casos muito mais ampla do que a letra da lei, até mesmo contra outros princípios. A técnica de princípios possibilita uma completude no domínio das normas que nunca poderia ser alcançada com regras individuais. Dessa forma, alcança-se império do direito e apenas do direito, sem que seja necessário regrar concretamente "todos os casos". Em relação ao princípio do Estado social, são apenas dois os adjetivos no texto da Lei Fundamental de 1949 (arts. 20 "Estado federativo social" e 28 "Estado de direito social") que dão sustentação a essa maravilha jurídica. Princípios são assim utilizados como "comandos de otimização" imediatos dentro de um conjunto de normas – assim os chama, após cerca de 30 anos de jurisprudência, a nova teoria do direito baseada no direito público e fortemente influenciada pelos EUA (Alexy, Dworkin). Com essa técnica de princípios ganhamos muito no sistema jurídico: preenchemos as muitas lacunas das regras jurídicas concretas, obtendo assim maior ordenação interna e externa na matéria jurídica e – sobretudo – melhorando a coerência quanto ao conteúdo e à igualdade do direito. Promovemos assim o tratamento igualitário e, com isso, nada menos que a justiça. Na sua mais nova versão, a otimização alcança a ponderação de princípios até no caso concreto, retomando o velho elemento da equidade entre norma e caso – de modo geral um grande ideal. A enorme dinâmica e as condições fundamentais do contexto deste ideal para o direito, para a lei e para a realidade jurídica mostram-se na sua história, que culmina de forma significativa justamente antes do BGB. O ideal tem já seus 200 anos. Savigny, nosso civilista no olimpo jurídico do território alemão entre 1810-1850, o com-

des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Frankfurt: Klostermann, 1995, p. 283: a concepção do BGB de um sujeito privado livre corresponde melhor à "sociedade do bem estar de massas surgida na Alemanha ocidental após 1945".

[29] Sobre a terminologia ver *HKK* (*supra* n. 1), nr. 1 segs., 9 segs.

prova de forma bastante oportuna numa passagem muito citada da sua obra fundamental de 1814, "*Da vocação do nosso tempo para legislação e ciência do direito*"[30]:

> "De forma semelhante [sc. ao triângulo], qualquer parte do nosso direito tem peças das quais as demais resultam: podemos chamá-las *princípios diretivos*. Percebê-los e, partindo-se deles, reconhecer a *conexão interna* e o tipo de relação entre *todos* (!) os conceitos e regras jurídicas, é uma das tarefas mais difíceis da nossa ciência, é, na verdade, aquilo que dá ao nosso trabalho seu caráter científico" (p. 22).

Savigny enfatiza, portanto, a conexão "entre todos os conceitos e regras jurídicas" – quando ela é conhecida, acrescenta ele, é possível alcançar a tão importante "completude [do direito] de uma outra forma" (*ibidem*). Completo "de uma outra forma" contém uma dupla alusão: de um lado, completo de forma diferente da abundante casuística do *Direito Territorial Prussiano* (ALR) de 1794 com seus quase 20.000 parágrafos, que mesmo assim não haviam conseguido disciplinar a vida; de outro, de forma diversa do curto e incompleto *Code Civil* dos franceses de 1804. A nova cura milagrosa vislumbrada por Savigny consistia em conhecer os "princípios fundamentais diretivos" (leitende Grundsätze) – nada mais que duas palavras germânicas para o *principium* latino. O ideal que o guiava pode-se resumir assim: completude do direito, com isso domínio apenas do direito e com isso tratamento igualitário otimizado e justiça. A técnica consiste em: conceitos precisos e coerência sistemática segundo princípios diretivos.

Para se perceber toda a dinâmica normativa de completude e sistema no direito, é preciso acrescentar algo do maior filósofo do iluminismo alemão do séc. XVIII. Immanuel Kant havia afirmado que sistema é "um todo ordenado segundo princípios", dando o nome de "ciência" a "toda e qualquer doutrina que fosse um sistema, i.e. um todo ordenado segundo princípios"[31]. Através da ciência chega-se à justiça – a salvação tanto frente a um incerto direito natural racional ou revelado, quanto frente a direitos positivos arbitrários parecia possível. Neste sentido, Kant – ainda que não fosse jurista – havia fornecido aos juristas a resposta para o velho sonho de um direito simples. A resposta encontra-se na sua principal obra crítica, a *Crítica da Razão Pura* de 1781, nestes termos:

> "É um desejo antigo […] que se procure, ao invés da variedade infinita das leis civis, os seus *princípios*, pois aqui reside o mistério para, como se costuma dizer, *simplificar* a legislação" (A 301/B 358)[32].

Não apenas os iluministras queriam superar a "variedade infinita" e a conseqüente arbitrariedade das "leis civis". Há muito tempo e inclusive hoje procura-se uma receita para um direito simples e justo. Kant solucionou o "mistério" e apontou o caminho para que se buscassem princípios. Assim, completude sistemática, clareza e simplicidade pareciam alcançáveis – tudo

---

[30] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. Edição do original in: RÜCKERT, J.; AKAMATSU, H. *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"*. Frankfurt: Klostermann, 2000, pp. 215-304. Paginação no texto corresponde à primeira edição.

[31] *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786, p. A IV e segs.

[32] Citado aqui segundo a paginação original das edições mais comuns, A para a 1ª ed. 1781, B para a 2ª ed. 1787.

ao serviço de um mais amplo império do direito e de segurança jurídica. Esse era o ideal jurídico iluminista. Savigny compartilhava deste ideal, mesmo que, ao mesmo tempo, se posicionasse contrário à mera legislação como solução genérica, portanto contra codificações[33].

Para a história do BGB e de qualquer sistema jurídico moderno, é importante entender o impacto deste ideal, que se mostra claramente quando comparado às conhecidas "regras jurídicas programáticas" das Constituições. Um exemplo é a regra:

> "A ordem da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça com o objetivo de garantir uma existência digna para todos".

Essa regra memorável do art. 151 I 1 da Constituição de Weimar deixará um juiz bastante perplexo. Com ela, a Constituição fez muitas promessas incumpríveis que provocaram graves e dolorosas decepções[34]. Mas não é só a Constituição de Weimar de 1919 que gostava de regras como essa. Exemplos ainda atuais são:

- Lei Fundamental (LF), art. 1: A dignidade humana é inviolável; ou
- Constituição da Baviera (1946), art. 125 I 1: Crianças saudáveis são o bem mais precioso de um povo; ou ainda
- Constituição da Baviera (1946), art. 141: É permitido a todos o gozo das belezas naturais.

Ainda que as Constituições, como na LF art. 1, segunda frase, exijam expressamente "respeito" e "proteção" de "qualquer poder estatal", portanto respeito também do próprio legislador, essas regras mostram claramente, hoje como no passado, o impacto da questão dos princípios como tarefa jurídica a ser resolvida. Pois regras tão gerais como essas oferecem apenas uma direção, mas nenhum suporte fático com claras conseqüências jurídicas. A técnica de sistematização por princípios possibilitava uma vinculação jurídica mais clara da prática do direito. Meras regras diretivas oferecem aos juristas instruções pouco determinadas, sem conseqüências jurídicas precisas para grupos de casos específicos. Aqui, com mais freqüência do que de costume, depende-se muito mais da aplicação. A legislação baseada numa sistematização por princípios, ao contrário, visa ao império imediato do direito, do Estado de direito e do *rule of law*, além de buscar justiça através da sistematização por princípios. Regras programáticas e diretivas exigem, além disso, ponderações e otimizações que deslocam a decisão ainda mais para o caso concreto. Obviamente, pensa-se, aqui, a partir do contexto dos sistemas codificados continentais.

A técnica jurídica moderna baseada em ponderações e otimizações é muito significativa neste contexto, pois ela dá um passo isolado em direção a um sistema jurídico focado na atividade judicial – isolado, porque segundo o sistema judicial inglês, por exemplo, dever-

---

[33] Esse aspecto não pode ser aprofundado aqui. Cf. por último e com fontes novas, RÜCKERT, Joachim. *Code civil, Code Napoléon und Savigny*, in: MOHNHAUPT, H.; KERVÉGAN, F. (eds.). *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich.* Frankfurt: Klostermann 2001, p. 143-176.

[34] A respeito RÜCKERT, J. *Weimars Verfassung zum Gedenken*, in: Rechtshistorisches Journal, vol. 18 (1999), p. 215-244, esp. 224s.

se-ia incluir importantes mecanismos de segurança visando um direito uniforme, tais como o princípio *stare dicisis*. Uma série de associações permitem entrever imediatamente o peso e o alto grau de exaltação política deste passo em direção ao direito judicial, por exemplo: subsunção *versus* criação do direito; direito da lei *versus* direito do caso concreto; juiz boca da lei *versus* juiz rei; comando jurídico *versus* autonomia jurídica; centralismo *versus* pluralismo; colonização *versus* autonomia etc. Na atividade judicial, trata-se não mais de decidir o mais *previamente* possível sobre a aplicabilidade de uma regra jurídica determinada, mas sim de otimização no caso futuro. Assim, mesmo princípios contraditórios deixam-se processar "sem atrito", pois o atrito desaparece no ato de julgar. Durante séculos, pretendeu-se dominar os juízes vinculando-os pessoalmente a valores na forma de juramentos, com comandos legislativos e vinculação estrita à lei, com deveres de fundamentação, com *référé législatif* e outras medidas. "Livre e social" e outros grandes programas[35] são hoje "otimizados" – um caminho perfeito, ao que parece, para a realização de direitos fundamentais em sistemas pluralistas, nas mãos de um único tribunal como o que temos hoje e do qual efetivamente muito dependemos. No continente, preferiu-se com boas razões a via da legislação por princípios, mesmo que a Constituição da Paulskirche, promulgada em Frankfurt em 1848, já houvesse previsto tribunais constitucionais. De fato, uma justiça ainda muito dependente precisava da lei como proteção, ficando assim "submetida apenas à lei" (§ 1 da Lei Judiciária [Gerichtsverfassungsgesetz] desde 1877, art. 97 I LF). O BGB optou por uma legislação por princípios, pois o judiciário era ainda bastante controlável, um tribunal constitucional não parecia imaginável e nem mesmo inteiramente convincente para as necessidades do desenvolvimento do direito privado. Pois decisões de direito privado devem, preponderantemente, resolver conflitos entre livres e iguais de tal forma a alcançar efetivamente uma liberdade comum. Isso depende, acima de tudo, de certeza jurídica a respeito do comportamento futuro em vários casos similares. Decisões constitucionais, ao contrário, tratam freqüentemente de salvar o indivíduo do "Estado" e ponderam isso, com razão, de forma muito concreta e sempre de uma forma nova. Os conhecidos casos de fiança mostram isso com clareza.

O BGB optou por uma legislação por princípios e, com isso, pela maior segurança jurídica possível, por tratamento igual e justiça num sistema de direito baseado na lei. Restava decidir, em seguida, quais princípios deveriam ser juridicamente vinculantes no campo do direito privado. Ambos aspectos devem ser esclarecidos, pois disso depende como o BGB entrou para a história e qual tratamento mereceu de 1900 até hoje: se foi o tratamento tal como referido pela narrativa tradicional ou se foi o de uma outra narrativa, de uma outra história.

[35] A esse respeito exemplificativamente quanto ao direito de trabalho ver RÜCKERT, Joachim. *"Frei" und "sozial"*, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, vol. 23 (1992), pp. 223-294.

III. O teor dos princípios quanto à técnica e ao conteúdo

Uma solução para a legislação de direito civil orientada por princípios não era nada óbvia. O BGB escolheu-a convicto – tanto na técnica, quanto no conteúdo. Ambos aspectos não se deixam separar completamente, pois a própria técnica por princípios almeja garantir mais justiça, avançando assim sobre o conteúdo.

1. As técnicas

Três técnicas merecem ênfase: lei, codificação e construção de proposições jurídicas por princípio:

(a) O BGB apresenta-se como lei – banal, mas nada óbvio. No direito civil, durante séculos, e ainda hoje na família jurídica angloamericana, leis não eram consideradas a melhor solução. Legisladores não pareciam ser os protetores mais confiáveis da autonomia privada. Até o séc. XIX, preferiu-se em toda parte ius commune erudito com grande identificação pessoal entre professores e juízes, assim como o common law ensinado na Inglaterra. Dos inícios da ciência jurídica no séc. XII até o chamado usus modernus do séc. XVIII, ordenar o direito segundo princípios, completude e sistema não pareciam temas tão essenciais. O BGB segue o novo caminho apontado pelo iluminismo continental.

(b) O BGB é uma lei codificatória – banal, mas novamente significativo. Durante séculos e até pouco tempo atrás preferiu-se para áreas importantes do direito civil legislações individuais e direito especial. Pense-se em direito do trabalho, locações e direito dos consumidores. Desconfiava-se de codificações abrangentes, pois acreditava-se serem obra de governantes excessivamente poderosos ou de legisladores excessivamente doutrinários. Com muito aplauso anunciou-se já na década de setenta a era da decodificação, por exemplo em 1979 com *L'età della decodificazione* de Natalino Irti[36]. Ligava-se a esse movimento a tendência de destruir igualmente o conteúdo de monumentos tradicionais da autonomia privada, como o *Codice civile* italiano ou o BGB alemão.

O BGB é, finalmente, tanto em relação à técnica quanto ao conteúdo, uma lei muito orientada por princípios – o que não é banal, mas essencial para a sua solução específica da tarefa legislativa, tanto através de regras-princípio quanto de princípios de conteúdo. Ambos aspectos precisam ser aprofundados.

Ainda na época do BGB, estava claro, no sentido iluminista acima exposto, que se almejava uma ordenação por princípios, tanto em relação à técnica quanto ao conteúdo. O testemunho mais expressivo disso nos é fornecido por Gottlieb Planck no seu conhecido comentário ao BGB, publicado desde 1900[37]. Sabidamente, o comentário é essencialmente de autoria do próprio Planck na qualidade de principal redator da lei e representa, por isso, um testemunho

[36] Algo diferente desde então, cf. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999, esp. a nova introdução, pp. 3-13.

[37] *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, erläutert von Gottlieb Planck (et al.), vol. 1, 1ª ed., 1897, pp. 20-27, mesmo que *Planck's Kommentar zum BGB*, vol. 1, 4ª ed., 1913, ed. por Emil Strohal, XLVI e segs., lá apenas dividida com outros subitens.

especialmente significativo. Planck pressupõe uma orientação por princípios como algo evidente, enfatizando inclusive a contraposição em relação ao *Direito Territorial Prussiano* (ALR) já observada em Savigny. Além disso, ele explica a especificidade da construção de princípios no BGB na forma de proposições orientadas por princípio. A passagem essencial afirma:

> "O *Direito Territorial Prussiano* tentou regrar as relações jurídicas dos homens entre si de tal forma a oferecer os preceitos mais exatos possíveis sobre cada relação individual que pudesse surgir na vida. Atualmente, é reconhecido de um modo geral que se buscou, aqui, algo impossível. A vida é multiforme demais para que se possa contemplar cada relação possível de ocorrer e regrá-la com um preceito específico. Por outro lado, um código não pode se limitar a expressar as *idéias jurídicas diretivas* ou a indicar os fins que se pretende alcançar. A realização de uma idéia jurídica pode ser alcançada de diversas maneiras; para o mesmo fim podem-se utilizar diferentes meios. Tudo depende, portanto, de encontrar as *regras jurídicas* mais aptas a realizar a *idéia jurídica diretiva*. Deve ser *procurado* aquilo que é comum às relações ocorrentes na vida, deduzindo-se daqui a regra jurídica definitiva para todas. É desse *ponto de vista* que partiu a elaboração do BGB. Ele evita a casuística, procura o *princípio dominante* de cada matéria e o expressa em *regras jurídicas*. O BGB procura formular essas regras jurídicas de um modo tão geral a realmente abranger *todas as relações* sobre as quais recaem, procurando, por outro lado, limitá-las de tal modo que se reconheça claramente as suas conseqüências e se exclua todas as relações sobre as quais não recaem. Quão longe pode ir a generalização, sem que se coloque em perigo a segurança jurídica, é uma questão de *arte legislativa*, para a qual a consideração das necessidades da prática deve predominar […]" (p. 20s. grifos JR).

Cinco pontos decisivos são formulados claramente: 1. que se pretendia trabalhar no BGB com "princípios" ou "idéias jurídicas diretivas" ("ponto de vista"); 2. que somente assim seria possível alcançar uma completude "predominante" ("todas as relações"); 3. que os princípios deveriam ser procurados "na vida", mas que também poderiam ser encontrados; 4. que deveriam ser expressos em "regras-princípio" e 5. que deveriam ser formulados de forma gradualmente diversa como regras jurídicas mais ou menos "gerais", dependendo de sua clareza para a prática jurídica. Graças a essa concepção, o BGB adquiriu rapidamente a reputação de uma "obra prima" do ponto de vista técnico, assim para R. Saleilles na França e de forma semelhante também para juristas ingleses. O próprio Planck chama isso modestamente de "tratamento técnico". Claramente, a transição para as questões de conteúdo aqui é bastante fluída.

O BGB coloca sua ênfase específica em querer oferecer não apenas princípios enunciativos, mas "proposições jurídicas orientadas por princípio". Isso se nota apenas num quadro comparativo. Ele aspira segurança e certeza jurídicas específicas, novamente em alusão à técnicas jurídicas mais antigas. A velha bíblia dos juristas, o *Corpus Iuris* do séc. VI contém no seu 50º livro nada menos que 211 das chamadas *regulae iuris*, tais como *impossibilium nulla est obligatio* ou *prior tempore potior iure* etc.;os sistemas de direito natural dos séculos XVI-XVIII contêm também muitas fórmulas de princípios, inclusive axiomáticas; no *Common Law* inglês utiliza-se há muito *principles*. Mas essas fórmulas ou foram apenas relacionadas de forma axiomático-sistemática, como no direito natural, ou utilizadas como argumentos gerais em aplicações jurídicas bem distintas como o direito romano e o direito inglês, de maneira, por assim dizer, tópica e não como premissas maiores de suportes fáticos específicos para subsunções específi-

cas[38]. O BGB não se dá por satisfeito com isso, tampouco com meros comandos de otimização para o juiz como a atual teoria constitucional. Ele tenta oferecer, ao contrário, "proposições jurídicas", que efetivamente são mais gerais, mas são regras pensadas para casos determinados e sistematicamente incrementadas com suporte fático e consequência jurídica.

Uma orientação "técnica" por princípios tão forte como essa parece-nos exagerada e pouco usual, mas, para a época, ela era patrimônio comum e fonte de orgulho. Ela foi expressão de altas expectativas e de esperanças que ainda não haviam sido desiludidas em temas como legislação e especialmente codificação do direito civil. O conteúdo dos princípios não foi implementado menos intensamente.

2. As decisões de conteúdo

Proposições jurídicas orientadas por princípio devem também responder, como qualquer outra proposição jurídica, à pergunta sobre qual justiça deve prevalecer. Com a opção por um código de direito privado orientado tão fortemente por princípios como o BGB, essa pergunta se coloca com mais intensidade ainda. É evidente que durante séculos, de Roma ao antigo regime, houve regras contratuais. Mas o direito não conferia por princípio nem liberdade contratual, nem autonomia privada. Qual ideal deveria ser seguido nessas questões: o de uma mera liberdade, o de uma liberdade jurídica igual, o de uma liberdade limitada de alguma forma? Ou o de nenhuma liberdade? Ou um ideal social como a solidariedade ou a fraternidade de 1789? E como deveriam ser limitadas concretamente as liberdades, ou repartida a "fraternidade"? A regra "todos os homens tornar-se-ão irmãos" seria útil como proposição jurídica orientada por princípio? Ou seria recomendável uma proposição como "todos os homens são livres por natureza […]" até a sua autoalienação e escravidão fáticas, veja-se o direito do trabalho? Seriam necessários de alguma forma limites objetivos, tais como moralidade e direito público como princípios contrários? E, caso a resposta seja afirmativa, como esses princípios se relacionam juridicamente? Algo importante ao se tratar de princípios contrapostos como, por exemplo, liberdade *versus* moralidade. Ou seria melhor simplesmente relegar a decisão ao juiz, em "otimizações" e ponderações, como se diz hoje? Claramente, a técnica de princípios conduz, apesar de todas as vantagens, a questões práticas muito complicadas sobre direito e justiça *in praxi*.

De qualquer forma, uma decisão clara a respeito do conteúdo prometia grandes vantagens: acima de tudo, coerência interna e consistência valorativa do direito civil e, com isso, tratamento igual e justiça abrangentes. Por outro lado, teve-se que aceitar uma certa precisão objetiva dos conceitos e um certo nivelamento unilateral do direito civil. Tornou-se importante, então, o direito especial complementar – como, por exemplo, o direito do trabalho – quando faltavam, em certas áreas, premissas sociais para igual liberdade jurídica como princípio.

O BGB tomou decisões claras quanto ao conteúdo, apoiando-se num amplo consenso da sua época, no Parlamento, na profissão jurídica e na esfera pública. O volume e a notorie-

[38] Isso percebe-se apenas em exemplos concretos, ver *HKK* (nota 1), n. 81 segs.

dade atuais de críticas como as de Gierke e Menger não mudam nada a respeito do fato de terem sido poucos os que assim se pronunciavam por volta de 1890. O BGB decidiu-se pelo princípio da igual liberdade jurídica. Acrescente-se a isso o fato decisivo, hoje quase sempre mal compreendido, de que essa decisão no âmbito do direito civil ocorreu numa consciente divisão de trabalhos com os direitos especial e público. Este último deveria criar as condições que o direito civil, por força própria, não poderia criar – por isso criou-se muito cedo, junto com o BGB, direito dos consumidores (Lei dos pagamentos em prestações de 1894), proteção dos trabalhadores a partir de 1890, direito de seguros a partir de 1883, etc.

Entretanto, logo perdeu-se de vista essa concepção. Civilistas ou publicista especializados facilmente deixavam de perceber o contexto geral de divisão de trabalhos – e críticos políticos do direito privado mais facilmente ainda. Além disso, o próprio BGB não se expressou muito claramente em seu texto a respeito de suas decisões de princípio. Para a primeira comissão a partir de 1874, isso pareceu desnecessário; para a segunda, a partir de 1890, pareceu inoportuno desafiar ainda mais algumas correntes críticas. Assim, o BGB formulou dispositivos de uma forma que, hoje, raramente chamaríamos de principiológica, ainda que não apenas Planck, como visto, se orgulhasse do uso de muitas "proposições orientadas por princípio". Na época, entretanto, a comparação se dava com as regras muito mais concretas do *Direito Territorial Prussiano* de 1794 ou com os fragmentos casuísticos do direito civil romano, não com princípios atuais como "a dignidade humana é inviolável". O orgulho da época referia-se, portanto, não a regras programáticas ou princípios indeterminados, mas sim a "regras-jurídicas" mais gerais, formuladas com suporte fático e consequências jurídicas determinadas, de forma diversa do exemplo supra citado do "princípio do Estado de bem estar social".

Princípio no sentido aqui relevante é expresso conscientemente em algumas normas que encabeçam seções importantes do BGB, como por exemplo no § 1 sobre direitos da personalidade, § 241 sobre direito das obrigações, § 305 (hoje 311 I) sobre direito contratual, § 903 sobre a propriedade, § 1408 sobre o regime de bens do casamento ou § 1937 sobre direito sucessório. Mas apenas o § 903 foi realmente formulado como uma diretiva. Segundo este parágrafo, pode-se "dispor como bem se entender" da sua propriedade. Isso não foi por acaso, nem foi capitalismo. O "valor prático" desta regra-princípio era consciente e conhecido. O legislador expressou-se aqui, esclarece Achilles 1902 no comentário de Planck,

> "tendo em vista que a propriedade é fundamental para todo o ordenamento do Estado e da sociedade". Assim, "o legislador considerou oportuno fixar o conteúdo e o conceito da propriedade especificando as faculdades do proprietário. Uma tal fixação tem valor prático na medida em que, através dela, previne-se qualquer dúvida de que a propriedade não se submete a outras limitações senão àquelas fundadas na lei ou em direitos de terceiro"[39].

[39] PLANCK-ACHILLES, *Kommentar* III 1902, nr. 1 sobre § 903. A regra geral, na opinião de Achilles, poderia, como nos outros casos, ser abstraída das normas individuais, falando aqui, entretanto, de forma geral. O próprio Planck (ver *Kritik, cit.* 1889, p. 397s) sugere uma defesa: tinha-se consciência de que o número de limitações "era muito grande".

O caráter constitucional da regra, hoje, é evidente, assim como sua diferença em relação ao art. 14 da LF[40]. O BGB trata a questão na forma de regra e exceção ("como bem entender, desde que"), a Lei Fundamental dá uma direção, mas, ao mesmo tempo, uma direção contrária[41] (a propriedade é garantida, mas "também" obriga).

Mais cauteloso que o § 903, o § 1 do BGB refere-se apenas ao momento da aquisição da capacidade jurídica ("com o nascimento completo") e o § 305, na esteira de toda a tradição, apenas às condições do contrato. A diferença mostra o Art. 19 do Código das Obrigações suíço de 1911. Aqui, é permitido "fixar o conteúdo do contrato dentro dos limites da lei da forma como bem se entender". O texto do BGB decidiu-se contra uma formulação mais principiológica como essa. O BGB construiu em todos esses parágrafos as proposições jurídicas orientadas por princípio mencionadas, mas com palavras realmente cautelosas. O veradeiro entusiasmo por certos princípios encontra-se nos materiais preparatórios do BGB. Sem querer professar um falso culto dos motivos da lei, pode-se e deve-se consultá-los a respeito do seu conteúdo, visto que este resulta das normas individuais, que logo fornecem o princípio diretivo. Trata-se do mencionado princípio de *liberdade em igualdade jurídica*:

(a) *Igualdade*. A igualdade é expressa no § 1, a liberdade no § 305 e outros. Sobre a igualdade referem-se os *Motivos do BGB* no primeiro projeto de 1888 da seguinte forma:

> "O projeto baseia-se nos princípios da igualdade jurídica e da base comum do direito. – da igualdade jurídica: as desigualdades surgidas em razão da posição que as pessoas ocupam na vida não devem conduzir, na lei, a um tratamento que represente um favorecimento ou desfavorecimento de um estamento ou de uma classe de pessoas. Da base comum do direito: as distinções surgidas da posição que as pessoas ocupam na vida não são de fundamental importância para o direito. O projeto estabelece preceitos que valem para todos e não regras especiais para as relações de diversas divisões da sociedade". (p. 25 segs.)

Os princípios conduziam à capacidade jurídica geral e inalienável pressuposta no § 1. Com isso, rompia-se definitivamente com a sociedade feudal. A posição jurídica tornou-se igual, já a "posição ocupada na vida" permaneceu diferenciada do ponto de vista fático. O "ordenamento jurídico", continua o texto, atende assim a um "comando da razão e da ética", consumando um "reconhecimento exigido e considerado evidente pela consciência jurídica da atualidade"[42]. A essas claras palavras sobre princípios não há nada que acrescentar. Para o próprio redator Gebhard já não restava "evidentemente nenhuma dúvida" de que, "em relação a sua existência física e espiritual, o homem se encontra sob proteção do ordenamento jurídico"

---

[40] Art 14 LF: "I. São garantidos a propriedade e o direito sucessório. Conteúdo e limitações serão determinados por lei. II. A propriedade obriga. Sua utilização deve também servir ao bem geral… [sobre desapropriação]. Quase idêntico ao art. 153 I e III da Constituição de Weimar de 1919; diferente no § 164 da Constituição do Império de 1849: "A propriedade é inviolável… [II. sobre desapropriação]".

[41] A formulação "utilização" serve-se da delimitação antiga e duvidosa segundo a substância e o uso da coisa, que era relevante na época do domínio diviso. A interpretação atual não hesita em retirar do art. 14 II LF um "dever fundamental" do proprietário e uma "linha diretiva decisiva para o legislador", assim, p. ex., WIELAND, Joachim, in: H. Dreier, *GG-Kommentar*, vol. 1, 1996, Art. 14, Rn. 82. Será que isso não inverte a garantia, e não apenas do ponto de vista histórico?

[42] *Motive zu dem Enwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. 1, Berlim e Leipzig: Guttentag, 1888, p. 25 como primeiro parágrafo sobre "pessoas".

– o homem como ser humano e não mais como pessoa no *Direito Territorial Prussiano* (ALR). A esse tema Gebhard dedica apenas essa frase duramente conquistada[43].

O princípio corresponde às regras do § 137 da Constituição do Império de 1849 sobre a igualdade jurídica completa, que, no contexto alemão, foi proclamada por primeira vez pela Constituição para o Reino da Vestfália do final de 1807: "O Reino da Vestfália deve ser governado segundo leis fundamentais que […] estabelecem a igualdade dos súditos frente à lei" (art. 10). As legislações civis do séc. XIX executaram isso com brechas significativas, fazendo-se acompanhar de editos especiais para a nobreza, etc[44]. O BGB tenta fazê-lo sem exceções. Mas já em paralelo, na Lei de Introdução, não conseguiu "contornar exceções"[45], apenas definindo-as melhor nas leis, por exemplo, relativas aos direitos estamentais do exército, dos funcionários públicos, dos príncipes privados e da indústria. Em 1896, do ponto de vista do direito público e da legislação especial havia ainda muitas normas de origem feudal – mas a serem removidas.

(2) *Liberdade*. Ela é fundamentada inúmeras vezes. Como libertação dos vínculos pessoais da sociedade feudal e desigual ela se funda, em primeiro lugar, na capacidade jurídica geral e igual. As liberdades de contratar, casar e testar estabelecem a liberdade de atuar, necessária para um desdobramento real do princípio. Os *Motivos do BGB* expressam-se também quanto a esse ponto de forma bastante enfática no § 305:

> "Por força do princípio da liberdade contratual, que domina o direito das obrigações, as partes podem estabelecer entre si, segundo sua própria apreciação, relações jurídicas e negociais com efeitos obrigacionais, desde que não sejam contrárias a preceitos legais gerais ou específicos". (Motivos II, p. 2)

E sobre o erro lê-se claramente:

> "A razão que determinou ao ordenamento jurídico o reconhecimento da força jurídico-criativa da declaração de vontade tem seu fundamento no *reconhecimento da necessidade da autonomia da pessoa no direito privado,* especialmente da liberdade contratual no âmbito negocial […]" (no chamado projeto preparatório do direito das obrigações)[46].

A conhecida fórmula geral "autonomia da pessoa no direito privado" é aplicada também à declaração de vontade como elemento fundamental da configuração privada de direitos. Essas palavras centrais a respeito dos princípios estavam, portanto, presentes e foram utilizadas de forma principiológica. Mesmo nos textos posteriores sobre o BGB, até a versão de 1896/1900, não houve mudanças a esse respeito.

Pode-se identificar, portanto, no próprio código e com a ajuda dos materiais, um princípio geral referente ao conteúdo. Isso faz do BGB um todo ordenado segundo princípios no sentido kantiano – disso também tinha-se plena consciência à época, como mostra em 1891, por exemplo, a citação inusitada e, posto que óbvia, incompleta de Kant junto ao título de

---

43 Ver *HKK* (nota 1), nr. 39.
44 Ver *HKK* (nota 1)/Thomas Duve, § 1, nr. 10.
45 *Motive, cit.*, vol. 1, p. 26.
46 Ver *HKK* (nota 1), nr. 44.

uma obra do redator do BGB Fritz André[47]. Acima de tudo encontra-se o princípio da igual liberdade jurídica. Ele é aplicado e desenvolvido em todos os livros do BGB, ou seja, liberdade contratual e imputação à vontade livre (responsabilidade civil apenas para a vontade que se tinha ou se podia ter) no direito das obrigações, liberdade de domínio nos direitos reais, liberdade na celebração e quanto ao regime de bens do casamento no direito de família, bem como liberdade de testar no direito das sucessões. Mesmo o *numerus clausus* dos direitos reais, que parece tão cogente, apenas canalisa o tratamento da liberdade, fixa portanto *claims*, pois a liberdade não poderia se desdobrar de outra forma sendo os recursos limitados como o são nos direitos reais.

Num lugar inusitado do seu comentário, o próprio Planck resumiu esses princípios, quando tratava da contrariedade aos bons costumes:

> "Um negócio jurídico contrário aos grandes princípios do direito moderno, especialmente aos princípios da liberdade pessoal, de consciência, de associação, de comércio, da liberdade de exercício do direito de voto etc.", é "sempre contra os bons costumes". (Planck-Planck, sobre § 138)

Todos esses aspectos são reunidos sob a idéia de uma liberdade jurídica igual. O ideal de princípio e sua execução no BGB foram, portanto, elucidados. Mas quais eram as chances para um código civil como esse?

IV. A forma como a solução do BGB foi tratada após 1900

Trata-se de, pelo menos, cinco aspectos: a transformação das normas; da forma como foram tratadas por parte da doutrina; a transformação do papel do juiz; a efetividade das regras na realidade jurídica e, acima de tudo, a avaliação do BGB frente à mudança no contexto geral. Nem todos esses aspectos podem ser igualmente aprofundados aqui[48].

1. Transformação das normas e direito privado

As modificações do BGB e do direito privado como um todo também influenciam a forma como se trata o BGB e a interpretação que se faz do séc. 20. Um ponto de partida para se testar como se lidou com a solução do BGB pode ser a análise do chamado direito privado especial, ou seja, do direito do trabalho, de locações, do direito dos consumidores etc. em relação ao BGB. Eles realmente divergem por princípio do direito privado do BGB? Para responder a essa pergunta, é preciso ter presente um conceito analítico claro de direito privado especial, tal como ele era familiar aos juristas mais antigos, acostumados a tratar com privilégios, sob o título de direito "singular" *versus* "especial", ainda presente no comentário de Enneccerus-

[47] ANDRÉ, Fritz. *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht*, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1891. [A folha de rosto cita a passagem da *Crítica da Razão Pura* reproduzida acima, n. 32, N.T.].

[48] Ver a respeito *HKK* (nota 1), nr. 97.

Nipperdey dos anos 50[49]. Em relação ao plano dos princípios, isso implica distinguir entre direito especial mantenedor do princípio e direito singular violador do princípio. O primeiro distancia-se da regra geral para uma classe especial de pessoas, coisas ou relações apenas para concretizá-la e especificá-la. O segundo tipo de direito especial difere do primeiro porque quebra o princípio geral. Isso acontece quando, por exemplo, um princípio de proteção é seguido no direito do trabalho e, por conseqüência, certos contratos são discriminados. Ao contrário, o direito comercial mantém o princípio realizando a liberdade contratual, apenas especializando-a nas relações comerciais. Somente essa diferenciação permite uma distinção por princípio de direitos especiais claramente muito distintos entre si.

Interessa saber, portanto, se as transformações ocorridas nas normas de direito privado desde 1900 contêm direitos especiais violadores do princípio ou não – na maioria dos casos não. Mesmo o direito do trabalho não é tão-somente direito de proteção – depende da formatação e de uma análise precisa. Foi escolhido o caminho de um auxílio emancipatório direcionado à liberdade ou o caminho "objetivo" de uma proteção paternalista? Já na época da redação do BGB existia a alternativa liberalsocial ou socialliberal do auxílio emancipatório através de condições mínimas, controle do mercado, contrapeso nos sindicatos etc. (*vide* Baron, Lotmar e muitos outros). Muitos compartilhavam desta alternativa, como o demonstra o conhecido *Repertório de pareceres* de 1890[50]. O BGB rejeitou o tipo de proteção aparentemente simpática, mas no fundo paternalista-conservadora de um Otto Gierke, justamente por ser paternalista. Assim como de forma muito mais explícita a solução abertamente radical de Anton Menger, propugnada posteriormente na sua *Nova Doutrina do Estado* de 1903 abertamente estatal-socialista e completamente intervencionista. Como é sabido, Menger recomendava como solução um "Estado popular de trabalhadores", no qual "todo o direito privado se transforma em direito administrativo".

Um direito especial emancipatório que pretende fornecer as condições de liberdade para aqueles que ainda não a possuem de fato não quebra o princípio, pelo contrário, o mantém. A esse tema especialmente instigante, que me parece ser decisivo inclusive do ponto de vista da teoria do direito privado, posso apenas fazer alusão aqui[51]. Deve-se perguntar: como deve ser interpretada por princípio uma norma que se apresenta como norma social de proteção? Um exemplo é o auxílio-locação. Pode-se proteger através de locações subsidiadas com auxílio-moradia ou através de subsídios "objetivos" para a construção de moradias etc. A primeira solução foca no sujeito e o ajuda a participar do mercado autonomamente. A segunda solução também protege, mas ela paternaliza e impede uma participação ativa no mercado. A primeira solução é fiel ao princípio do direito privado, a segunda não. Indícios para a análise são dados pelas vinculações subjetiva ou objetiva das soluções. Interessa saber se uma norma protege com vistas a libertar ou apenas a proteger – um problema nada novo para os

---

49 ENNECCERUS, L.; NIPPERDEY, H.C. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.* 14ª ed. Parte Geral, Tübingen: Mohr, 1952. § 45 II, semelhante § 48 II da 15ª ed. 1959.

50 REICHS-JUSTIZAMT. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt. Äußerungen zum Allgemeinen Teil. 1890.

51 Ver *HKK* (nota 1), nr. 104 e 86 segs.

juristas, incluindo-se aqui até a lei sobre revogação de vendas à domicílio. Um direito privado e um direito que abstraíssem desta autonomia e da sua permanente promoção, abdicariam do princípio liberdade.

Com essa perspectiva pode-se desenvolver uma solução tanto para problemas de direito privado quanto para a interpretação da história do direito privado, que originalmente era consciente e atual, mas que hoje foi demasiadamente esquecida[52]. Encontra-se uma reflexão desse tipo apenas em alguns economistas como Hans Albert ou Friedrich August von Hayek. Entretanto, ela oferece uma chave essencial para a teoria do direito, para a teoria do direito privado e para a interpretação da história, que sem a teoria nada teria além de meros fatos. Eu gostaria de chamar essa reflexão de *concepção da quarta via* para "livre e social". Quando uma cultura jurídica pretende operar por princípios e colher os frutos desta técnica cultivada desde o iluminismo, como o queria em grande medida a cultura jurídica alemã do Império, é preciso que ela resolva os problemas da limitação e colisão dos princípios. Pois princípios ilimitados como a liberdade de Robinson Crusoé antes da chegada de Sexta-Feira são juridicamente inúteis, já que o direito não se ocupa de nossos conflitos com nós mesmos. E princípios meramente contraditórios dissolvem em ponderações de casos a segurança jurídica que aqui se busca. Pode-se diferenciar quatro soluções[53]:

(1) A primeira limita a liberdade apenas através da liberdade dos outros. *Neminem laedere* é a palavra-chave antiquíssima neste caso. Mas assim seria permitida a autoescravidão. Seria necessário também uma medida para a liberdade dos outros ou para a lesão;

(2) A segunda pressupõe limitações gerais "objetivas" como moralidade, bem comum, interesse público e direito público etc. Mas isso coloca a liberdade na mão daqueles que traçam essas limitações imprecisas;

(3) Uma terceira via se limita a proibições pontuais em situações desfavoráveis como no direito do trabalho, de locações, no direito dos consumidores etc. Mas o que são exatamente situações desfavoráveis deixa-se dificilmente definir com clareza, além de ser facilmente instrumentalizável. Houve um tempo em que prisão "preventiva" era ordenada "apenas" contra pessoas desagradáveis;

(4) A quarta também vê os problemas com a realidade do princípio liberdade. Ela os soluciona, contudo, no sentido do princípio, na medida em que ajuda as pessoas a moverem-se livres de obstáculos, em resumo: com auxílio emancipatório e sem paternalismo "objetivo". Ajudar significa aqui: "Não me dê o peixe, e sim ensine-me a pescar". Essa solução mantém o princípio de igual liberdade jurídica, limitando-o segundo regras claras no sentido de uma liberdade comum e chances de liberdade justas inclusive para não-livres inocentes. Somente

---

[52] Sobre o séc. XIX cf. agora a análise fundamental de HOFER, S. *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert.* Tübingen: Mohr, 2001. Ela desmonta a lenda de um século meramente liberal radical, descobre as verdadeiras discussões e modelos intermediários para liberdade e igualdade comuns, cujos frutos para hoje são evidentes.

[53] Cf. os quatro modelos parcialmente semelhantes de liberdade no direito privado em Hofer, op. cit., p. 275ss.

essa quarta via permite uma continuação conseqüente do programa em novas circunstâncias históricas.

Quando se compreende o BGB e a forma como se lidou com ele nesta perspectiva, então se compreende mais acertadamente a sua solução e fica claro que sua concepção foi profundamente mal interpretada ou então simplesmente rejeitada. Assim, o próprio BGB serviu de bode expiatório para todo e qualquer tipo de falhas.

2. A ciência do direito

A ciência do direito constitui um fator essencial, principalmente ao se lidar com um código tão fortemente ordenado por princípios como o BGB. Sua contribuição pode apenas ser indicada aqui[54]. Ela narrou a história tradicional do BGB como bode expiatório, chegando a afirmar inclusive que liberdade é um princípio necessariamente antisocial. A doutrina relativa aos princípios do BGB apostou já há muito tempo em social *versus* livre, na maior parte dos casos até mesmo na incompatibilidade entre livre e social ou mesmo – como no direito público – entre Estado social e Estado de direito. Isso não convence – há, como visto acima, além dos esforços tradicionais em relação aos limites externos do direito privado, uma "quarta via" de existência social emancipatória que preserva o fim liberdade. O BGB deveria ser interpretado, então, de maneira emancipatória, tal como foi concebido. Do ponto de vista do direito civil, nada impede que se leve a sério o fato, por exemplo, de as condições de uma formação séria da vontade faltarem por força maior, controlando-se o vínculo contratual além de anulabilidade por erro, mas independente de questões éticas segundo o § 138 I[55]. A declaração de vontade deve ser "livre, séria e confiável", já dizia o "*Direito Territorial Prussiano*" de 1794.

A reformulação agressiva do BGB contra o BGB, que sempre mobilizou fronteiras externas, foi iniciada já em 1895 pelo famoso Rudolph Sohm, membro germanista da segunda comissão e correlator do projeto no Parlamento. Ele conclamava um tipo de marcha através da instituição BGB com as seguintes palavras:

> "Este parágrafo [sc. § 157 e § 242 do BGB sobre boa-fé nos contratos] deve e pode se tornar, nas mãos da prática alemã, a *espada incendiária* com a qual ela estará apta a atacar *todos* os outros parágrafos do direito contratual quando necessário, estando autorizada a *continuar configurando* os preceitos normativos do projeto, tais como o contrato de trabalho, no sentido de uma justiça social." O § 157 tornar-se-ia ainda "um parágrafo muito famoso".

Essa espada incendiária foi alçada. A história da forma como a ciência jurídica lidou com o BGB no séx. XX deve ser escrita como uma história de brigões da espada incendiária[56]. Hedemann chamou os parágrafos da espada já em 1913 de "soberanos"; em 1932/33 ele sabidamente iniciou sua "fuga" das "cláusulas gerais"[57] e em 1942 entusiasmou-se novamente

---

[54] Ver *HKK*, (nota 1), nr. 105 segs.

[55] BGB § 138 I: "Um negócio jurídico que contrarie os bons costumes é nulo" [N.T.]

[56] Ver a respeito no *HKK* (nota 1), o comentário de Hans-Peter Haferkamp ao § 138.

[57] HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen, 1933.

por "regras fundamentais" no "Volksgesetzbuch"[58] do qual era corresponsável. Pesquisas recentes sobre os principais personagens mostram que Hedemann dispunha de uma particular flexibilidade, mas que na questão "social" contra" livre"não estava sozinho[59]. Há uma forte continuidade doutrinária nessa despedida do BGB e de seu lado principiológico. Quando, em 1937, o Secretário de Estado da Justiça Schlegelberger anunciou oficialmente a "despedida do BGB"[60], apenas aparentemente o fez com palavras drásticas, afirmando como "grande diretiva" o "rechaço do individualismo" e um "juízo de valor sobre os bens da vida" mais correta, repreendendo o "mundo conceitual do BGB" por ter deixado que "piranhas realizassem aqui seu trabalho sobre a vida sanguínea", deixando para os juristas apenas um esqueleto jurídico. Em resumo: a linha dominante na teoria do direito privado, na interpretação da lei e na política jusprivatista argumentava e interpretava o BGB de maneira preponderantemente antiliberal, ainda que na maior parte das vezes a partir de uma imagem equívoca de liberalismo "manchesteriano"[61]. Até mesmo (e principalmente) os textos-base tão influentes de Wieacker, Larenz e outros partem desta imagem. Mesmo Nipperdey, formatado menos que os outros pela época de 1933[62], dá precedência, no final, ao princípio do Estado social[63]. Duas vozes essenciais confirmam essa interpretação: Larenz e Flume. Ambos, até mesmo Flume, não acompanham a solução do BGB.

Eu deixo de lado aqui as análises individuais de Larenz, Flume e outras autoridades e menciono apenas a mais nova "solução" lapidar de quase todos os manuais sobre a parte geral ou de introdução ao direito civil na Alemanha[64]: na maior parte, eles simplesmente silenciam a

---

[58] [Projeto de código civil nazista com o qual se pretendia substituir o BGB, organizado pela Akademie für Deutsches Recht (fundada em 1933), da qual participavam juristas como o citado Justus Wilhelm Hedemann, Franz Wieacker, Karl Larenz et al. Um novo código era reclamado desde 1939. Em 1942 publicou-se um projeto intitulado "Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch 1: Der Volksgenosse", mas os trabalhos foram interrompidos em 1944 com o fechamento da Academia. Vide KROESCHELL, Karl. *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*. Göttingen: UTB 1992, p. 83 segs., N.T.]

[59] Isso só se deixa esclarecer em estudos especializados, cf. RÜCKERT, J. *Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny.* Baden Baden: Nomos, 1997.

[60] SCHLEGELBERGER, Franz. *Abschied vom BGB. Vortrag gehalten in der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937*. Berlim, 1937.

[61] Cf. supra, nota 15.

[62] Sobre ele meu artigo biográfico in: *Neue Deutsche Biographie* 19, 1999, pp. 280-282.

[63] Ainda que numa frase complicada, ver Nipperdey, *Lehrbuch*, (nota 49), § 15: o princípio do Estado social fornece "o critério decisivo". Com isso devem ser coordenados seus textos sobre direito constitucional.

[64] Em razão da quantidade, refiro apenas autor, título e ano, na maioria das vezes na última edição: Peter Bähr, *Grundzüge des bürgerlichen Rechts*, 1995; Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2001; Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1976/2001; Uwe Diederichsen, *Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Studienanfänger*, 1969/1980; Ulrich Eisenhardt, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 1989; Dieter Giesen, *Allgemeiner Teil*, 1992/1995; Eugen Klunzinger, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 1987/2001; Heinrich Lange/Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, 1952/2001; Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1996; Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB: Ein Lehrbuch*, 1982/1997; Gerhard Otte, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 1986; Frank Peters, *BGB: Allgemeiner Teil*, 1991; Thilo Ramm, *Einführung in das Privatrecht*, 1969/1971; Bernhard Rehfeldt/Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1962/1995, Bernd Rüthers, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1976/2001; Heimo Schack, *BGB-Allgemeiner Teil*, 1999; Jan Schapp, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 1991; Karl Otto Scherner, *BGB. All-*

respeito de princípios, reproduzindo assim a falsa imagem criada pela história tradicional. Os civilistas não querem mais trabalhar tão fortemente a partir de princípios, seja qual for a corrente. Hoje, eles preferem ponderar caso a caso, sempre de uma forma um pouco diferente. Provavelmente trata-se, quanto a essa generosidade, de um fenômeno ligado à atual situação de bem estar.

Eu deixo de lado a importante seção sobre o papel dos juízes e da jurisprudência e me ocupo a seguir da crítica mais pesada e mais difícil ao BGB.

3. "Livres e iguais" apenas juridicamente?

A crítica mais séria ao BGB afirma desde Anton Menger em 1889/90 que ele discriminou as "classes populares despossuídas". A dura realidade do BGB e de suas normas principiológicas aqui enfatizadas é a sua efetividade. O que elas produziram no seu mundo? Essa pergunta foi postergada acima, quando da crítica à "história tradicional". O BGB vigorou, no mínimo, em quatro mundos muito distintos desde 1900, não incluídos aqui os tempos de crise: no tardo Império, em Weimar, no Nazismo e na República Federal e também na antiga República Democrática. Evidentemente, é necessário diferenciar. Asserções minimamente plausíveis são difíceis, visto que se trata de uma ampla análise histórica e de um juízo de valor do direito em diferentes sociedades. Qual é, por exemplo, o real efeito do direito dos consumidores? Quando grupos inteiros são excluídos – de facto – de uma determinada *praxis* da utilização do direito privado, então surge um problema. O "pursuit of happiness" prometido já em 1776 na Virgínia fracassa então na realidade. Neste sentido, é necessário se perguntar se o princípio liberdade desapareceu como na situação da classe trabalhadora que se tornou livre, mas sem direitos. Assim, poderíamos igualmente perguntar: o consumidor é livre, mas sem direitos? Em tais perguntas, nota-se problemas empíricos não resolvidos com consequencias normativas.

De qualquer forma, pode-se dizer que, para o Império, a crítica de Anton Menger ao BGB, de que ele teria discriminado as "classes populares despossuídas"[65], não resiste ao teste. Essa crítica simplesmente nunca foi verificada concretamente. Menger não fundamentou empiricamente sua crítica de 1890 – de teor absolutamente empírico – mas sim a partir da cultura jurídica e de forma especulativa, dirigindo-a, além disso, ao primeiro projeto tão somente do ponto de vista civilístico e da perspectiva vienense. A história social moderna vê exatamente na época do Império um "efeito elevador secularizado" – isto é, do ponto de vista econômico e social a direção era continuamente "para cima". A porcentagem das classes despossuídas

gemeiner Teil, 1995; Gustaf Klemens Schmelzeisen/W. Thümmel, *Bürgerliches Recht (BGB I-III). Grundriss für das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft*, 1994; E. Schmidt/G. Brüggemeier, *Zivilrechtlicher Grundkurs*, 1974/1998; Dieter Schwab, *Einführung in das Zivilrecht: Einschliesslich BGB-Allgemeiner Teil*, 1974/2000, Ernst Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1973/1982. Exceções são sobretudo Ramm e Schwab, menos Bork, Eisenhardt, Köhler, Rüthers, Schapp, E. Wolf (contra). Agradeço Ilka Schröder pela ajuda valiosa nessa revisão da bibliografia.

[65] MENGER, Anton. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, primeiro como artigo 1889/90, reedição da 4ª ed. 1908, 1968.

não chegava nem perto dos 80% sugeridos por Menger. Essa avaliação baseia-se em pesquisas muito críticas e precisas, também em estatísticas, e procede de um crítico do Império e pesquisador da história social como Hans-Ulrich Wehler na sua *História Social da Alemanha*[66]. Considerando o desenvolvimento pelo menos até 1914, as esperanças dos grupos liberais que sustentavam o direito privado fundado numa liberdade cada vez mais igual não eram nada infundadas, como já enfatizado acima por outros motivos[67].

A primeira Guerra, Weimar, o Nazismo e a RDA levaram essas esperanças para o túmulo. Mesmo a RDA viveu durante muito tempo dos grandes êxitos do Império, por exemplo no caso da infraestrutura – bastava passear pelas cidades para notá-lo. Só a jovem República Federal trouxe uma forte ascensão libertadora, rendendo ao BGB a primeira chance real como direito privado numa sociedade aberta. A oportunidade não durou muito. Já nos anos 70 os muitos consumidores de bem estar se perderam nas entrelinhas das letras miúdas dos formulários. Ajuda pareceu novamente necessária e ela veio, primeiro na jurisprudência, após, em 1976, com a lei sobre as condições gerais dos contratos (AGB)[68]. Mas a lei ofereceu a mão para uma ajuda emancipatória no sentido acima desenvolvido da quarta via para o problema "livre e social". Não se trata simplesmente de proteção do consumidor, como muito se tem afirmado de forma displicente e sem fundamento algum em princípios[69].

V. Um código sem oportunidade

As mais novas avaliações do BGB classificam-no de "liberal, atrasado", "fracassado", "ilusório". Elas pressupõem as oportunidades com maior potencial de sucesso deliberadamente para o passado. Mas as relações sociais, econômicas e intelectuais que no BGB, como em qualquer outro direito com a sua estrutura baseada em princípios, pressupunha apoio do direito público e do direito constitucional, só surgiram ao redor de 1958/60. Isso soa ousado, mas basta fazer algumas contas: até 1914 não tínhamos nem na Alemanha, nem em nenhum outro lugar da Europa uma sociedade liberal de direito privado social e economicamente aberta; 1914-1919 de forma alguma; tampouco 1919-1933, 1933-1945 e 1945-1949; somente a partir de 1948/49 começou lentamente algo do gênero. Tivemos de nos ocupar ainda durante algum tempo com recuperação econômica, encargos de guerra, intenções socializadoras e ideologia comunitarista, especialmente nos direitos econômico, locatício e do trabalho, bem como nas

---

66 WEHLER, H.-U. Deutsche Gesellschaftsgeschichte. Vol. 3. München: Beck, 1995, p. 700-845; analogamente ZAPF, W. *Die Wohlfahrtsentwicklung in Deutschland seit der Mitte des 19. Jahrhunderts*, in: CONZE, W.; LEPSIUS, M. R. *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland.* 2ª ed. Stuttgart, 1985, p. 52.

67 Supra após nota 57.

68 Ver no *HKK* (nota 1), o comentário de Thomas Duve aos §§1-14, nr. 66ss., e de Peter Oestmann aos §§145-156.

69 Para uma análise da história da AGB ver S. Hofer no HKK II, sobre a quarta via ver supra nota 53 segs.

lutas por um direito da concorrência e contra cartéis até 1958[70]. Somente após, já em 1960, pode-se falar de uma ordem social e econômica de pessoas essencialmente livres e iguais que poderia enquadrar-se neste código para livres e iguais juridicamente.

Esse resultado é tão evidente que o fato de ter sido negligenciado surpreende e faz necessário um pouco de empiria. O grande salto aconteceu após 1948/49 até cerca de 1960[71]. Não é preciso um exame empírico muito detalhado procurando indícios de liberdades de desenvolvimento da personalidade como limite de mínimo existencial, limitações de penhor, renda per capita, renda real, cesta-básica, mudanças no estilo de vida, percentual de horas de trabalho, férias e tempo livre, nível de educação e expectativa de vida, bem como indícios de igualdade efetiva como distribuição de patrimônio e renda, desemprego, recebedores de seguridade social, grupos de pobreza, marginalizados e muito mais. Pois as dimensões mostram muito claramente o desenvolvimento incrivelmente positivo após 1950 – o conhecido milagre econômico, melhor: milagre do bem estar. Essa época levou a sociedade e a economia na Alemanha ocidental a um nível de bem estar nunca visto antes, i.e.: uma renda de três a quatro vezes maior (renda nacional, renda real, limitações de penhor)[72], uma nova dimensão do tempo livre (tempo de trabalho 1900: 25%, 1990: 10%[73]), uma expectativa de vida muito maior de 63 e 74 anos em 1970 ao invés de 45 e 48 em 1901[74], chances de educação muito maiores (ensino técnico em 1950 80%, em 1990 31%) e muito mais. A desigualdade havia diminuído e começado somente num nível novo e muito mais alto – ver a divisão de renda até 1950[75], o desemprego até cerca de 1980 abaixo de 1%, 1960-74 até mesmo em 0,4%[76], o percentual muito baixo de recebedores de seguro social[77]. Até os anos 60, a situação estava

---

70 Cf. NÖRR, K.W. *Die Republik der Wirtschaft. Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands.* Parte 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

71 Faltam infelizmente exposições da história social e econômica que permitiriam um resumo fácil da época desde 1900 para o aqui relevante contexto do direito. Ver, ainda assim, W. Zorn para 1918 e após in: H. Aubin e W. Zorn, *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, vol. 2, 1976, p. 876ss. (relativamente pouco impacto social de 1918, equiparação jurídica dos trabalhadores do campo, relativa ascensão da grande burguesia, igualizações após 1933, novamente após 1950 atavés de crescimento do bem estar e constituição política); bom panorama geral em Zapf, *Die Wohlfahrtsentwicklung* (nota 66), p. 46-64; dados acessíveis em HENNING, Fr.-W. *Das industrialisierte Deutschland*, vol. 2, 3. 8ª ed. 1993.

72 Ver HENNING, *Das industrialisierte Deutschland* (nota 71), p. 20s. sobre a limitação do penhor de 1896 cerca de 130 RM para cerca de 2500 marcos em 1972. Ver LUDWIG, M. *Der Pfändungsschutz für Lohneinkommen*, 2001, p. 195 segs.

73 Ver BRÜGGEMEIER, F.J. *Grenzenloses Wachstum? Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt in Deutschland, 1945 bis heute*, in: Hannover Uni Magazin Heft 3, 1995, p. 30-33 (aula inaugural não publicada).

74 Tabela em IMHOF, Arthur E. *Von der unsicheren zur sicheren Lebenszeit*, 1988, p. 20 (1924: 52/58, 1950: 64/68, 1960: 67/73, 1978: 69/77).

75 Novos dados sobre isso são difíceis. Movimento significativo em direção às classes de maior renda na Prússia em 1896 e 1912 em HOHORST, G.; KOCKA, J.; RITTER, G.A. (eds.). *Sozialgeschichtliches Arbeitsbuch*, vol. 2: 1870-1914, 2ª ed. 1978, p. 106. Entre 1950-1969 houve uma certa igualização da riqueza privada em razão de maior dispersão, ver CLAESSENS, D.; KLÖNNE, A.; TSCHOEPE, A. (eds.). *Sozialkunde der BRD*, 8ª ed. 1978, p. 226. Por outro lado, as diferenças de renda antes de 1977 aumentaram (p. 228) – num nível alto. Análogo *idem*, 1992, p. 222-227.

76 Ver tabela em Henning (nota 64), vol. 2, p. 262.

77 Cf. Henning (nota 64), vol. 2, p. 263.

muito melhor para liberdade e igualdade reais, bem como em relação às oportunidades de um mundo ideal para o BGB, mas ainda não tanto depois.

Ainda durante muito tempo, o BGB não recebeu de nenhum lado uma verdadeira oportunidade para seu princípio de igual liberdade jurídica. Pois a nova liberdade foi, de um lado, limitada por direito público que lhe contrariava, e de outro, ela foi de encontro a camadas sociais muito desiguais, ou de grupos politicamente muito divididos, ou de cartéis economicamente muito fortes na indústria e tolerados juridicamente a partir de 1890[78]. No entanto, foi o BGB que supostamente fracassou e não o seu contexto. Ele foi rapidamente taxado de "liberal", isto é: distante do poder estatal e individualista. Basicamente, ele foi derrogado durante o pacto de suspensão de conflitos internos nos campos político e econômico durante a primeira guerra, a chamada "Burgfrieden" de 1916-1919, e fortemente solapado economica, juridica e ideologicamente a partir 1919 e novamente em 1933. Na Alemanha ocidental pós-1945, ele ficou durante muito tempo sem um real fundamento, tendo sido apenas tolerado como corpo estranho na parte oriental. Segundo Wieacker, ele é considerado "uma cria tardia da ciência das pandectas e do movimento nacionaldemocrático liberal de 1848"[79] – mas isso significava: "uma típica criação da sociedade burguesa do séc. XIX", mais precisamente: uma mal sucedida "tentativa de conciliar sistemas valorativos distintos"[80] – ainda que pareça muito sofisticado, era um juízo de valor fortemente antiliberal. Pois "liberal" é empregado aqui no sentido de uma luta de classes, significando a "usurpação" do direito privado por "uma única classe da sociedade econômica"; com "tardio" não se queria significar um filho temporão, mas sim um nascimento "demasiadamente tardio", fora de época; a "tentativa de conciliação" resultou somente num "sino desafinado", que não podia "fazer soar os novos tempos". Esse juízo de valor encontrava-se já firme em 1952. "Liberalismo", mesmo o liberalismo clássico, figurava aqui apenas numa imagem economicista distorcida[81], da mesma forma como a classe usurpadora[82]. Qual "época" recebia o bônus do "novo" e qual recebia o ônus do "velho" já ficava decidido. A simpatia de Wieacker não se aplicava apenas e enfaticamente a um direito "social", mas ele também comemorava a "lenta reformulação do direito privado […] desde a primeira guerra" como decisiva e "permanente tendência" da "nova e legítima consciência jurídica". Para profundos conhecedores como Wieacker, Larenz, Boehmer, Raiser e outros, quanto não deveria parecer inadequado ter um BGB ainda vigente nos anos 50, que já em 1900 tinha vindo fora de época[83]? As sugestivas fórmulas de Wieacker representam uma posição intelectual e uma narrativa histórica muito críticas sobre direito privado e liberdade, que se tornaram dominantes logo após 1900. Ela serviu tanto a conservadores como a sociali-

---

78 Ver COING, H. *Europäisches Privatrecht.* Vol. 2: 19. Jahrhundert. München: Beck, 1989, p. 176 segs., 181.

79 Assim em: *Das Sozialmodell* (nota 4), primeira ed. 1953.

80 Assim in: *Privatrechtsgeschichte*, (nota 3) 2ª ed., 1967.

81 Ver acima nota 15 sobre a crítica de manchesterismo.

82 O grupo de nacional-liberais que apoiava o BGB em torno a Miquel e Lasker era tido como individual-liberal, mas parcialmente intervencionista, e com Miquel até mesmo intervencionista-estatizante. As consequências para a história do BGB e sua apreciação são evidentes. A vinculação unilateral com o liberalismo econômico radical é completamente equivocada, ver *HKK* (nota 1), nr. 96 e 316.

83 Mais detalhes ver *HKK* (nota 1), nr. 99.

stas. Ela pôde ser compartilhada por um conservador patriarcal como Gierke, passando pela "direita e esquerda" de Weimar e do Nacionalsocialismo, e indo além de 1945. O necessário esclarecimento a respeito dos princípios não foi feito nem depois de 1945. Até mesmo os discursos comemorativos feitos após 1945 e por volta de 1950 não ofereciam, além de algumas considerações amigáveis, um juízo de valor diferente – até hoje.

Mas essa apreciação do BGB é historicamente equivocada e prolonga juízos de valor e preferências de proveniência duvidosa. O BGB defendia, acima de tudo, o princípio de uma igual liberdade jurídica[84]. Neste sentido ele não veio tarde demais para a Alemanha e sim, como mostrou a história, cedo demais. Ele não nasceu velho, mas sim moderno demais para o contexto de 1890/1900 e posterior. Tampouco foi concebido "com ilusões". As expectativas que davam sustentação ao BGB parecem completamente justificadas. Os caminhos para um futuro mais igualitário podiam parecer, em 1890-96 e mesmo antes de 1880, muito mais abertos do que após 1914. O ideal de direito privado do BGB fundava-se em bases sólidas e merece respeito. As claras falhas dizem respeito ao contexto do BGB e de sua aplicação. A quem elas devem ser imputadas não é fácil de se responder – mas, de qualquer forma, não aos chamados pais do BGB. Pois efeitos antisociais do direito privado num contexto marcadamente autoritário-estatizante e economicamente cartelizado como no Império e em alguns regimes posteriores não podem ser creditados ao direito privado. Eles são de responsabilidade da política macroeconômica que qualquer direito privado precisa pressupor, já que tais questões fogem às suas atribuições. Isso se percebe de forma significativa no comportamento dividido da jurisprudência e da política judicial em assuntos como direito civil, cartéis, direito coletivo do trabalho, direito comercial e, de outro lado, direito penal – as câmaras cíveis julgam de maneira progressista, as criminais de maneira repressiva[85], o que é bastante exemplificativo. Essa situação condizia com a velha mistura prussiana de liberalidade privada e autoritarismo político. A crítica isolada ao BGB, sem considerar o seu contexto e seu desenvolvimento, surgiu cedo, foi escrita e reescrita. Mas ela confirma apenas o problema do contexto. Pois essa crítica deve ser entendida ela mesma como expressão contingente de crescentes bloqueios "externos" sofridos pelo direito privado, o que aumentou a pressão sobre o direito privado como tal. O direito privado deveria, para esses críticos, resolver problemas para os quais não possuía os meios adequados e, além disso, em contextos desfavoráveis. O BGB, portanto, não era partidário de ilusões estranhas à vida. Também é infundada a suposição de que o BGB "fracassou". Os pressupostos funcionais, tanto econômico quanto sociais, de um direito privado liberal, não estavam presentes em 1896. Eles haviam sido impulsionados, mas não foram completamente alcançados pelas forças políticas que davam sustento ao BGB e frustrados cada vez mais pelas forças contrárias. O BGB, portanto, não fracassou, pelo contrário: foi-lhe retirada sua incipiente base de sustentação.

---

[84] Sobre isso ver supra, parte II 2.

[85] Ver a respeito fundamentalmente SCHRÖDER, R. *Entwicklung des Kartellrechts*, 1988; além da significativa tabela de cartéis em Henning (nota 64), vol. 2, p. 218.

Por isso, a resposta à pergunta do título "um código sem oportunidade?" é: sim – de fato, durante o maior período até ao redor de 1960 sem oportunidade. E por que? Porque, contra todas as justificadas expectativas de 1896/1900, durante a maior parte do tempo faltaram as condições sociais, econômicas e ideológicas de um direito privado com liberdade jurídica igual. Quando elas foram finalmente alcançadas, a imagem distorcida do BGB relatada no início tinha-se solidificado tão fortemente que vinculá-lo ao contexto original de forma convincente era já impossível. Acrescente-se a isso uma nova onde de críticas a partir de 1968. Mesmo a abrangente "modernização" do direito obrigacional de 2000 parte, comparativamente, sem uma concepção bem definida e em muitos casos de pressupostos falsos. Veja-se, por exemplo, as ponderações sobre questões como inadimplemento (acima de todos Ulrich Huber); sobre a violação positiva do contrato[86]; sobre os §§ 157 e 242, onde a referência essencial aos "usos negociais"[87] foi praticamente esquecida; algo semelhante ocorreu com as ponderadas objetivações no § 119 e segs.[88], § 164ss.[89], § 145-156[90] e outros institutos jurídicos. A velha fórmula "materialização", hoje em voga, constitui a esse respeito um eufemismo demasiadamente acrítico[91].

VI. Conclusão

A forma como se tratou o BGB tomou muito cedo o caminho de um desenvolvimento mais geral, distanciando-se das premissas sociais, políticas e econômicas de um liberalismo social. O distanciamento transformou-se logo em reinterpretação e autoafirmação, utilizando-se de uma imagem distorcida do BGB para a afirmação das próprias posições. É hora de nos separarmos dela, julgá-lo de forma mais justa e adquirir verdadeiramente nossa herança civilística para finalmente possuí-la. A quarta via para "livre e social" é bem refletida, em parte testada e aberta para a construção dogmática. Os limites da nossa liberdade igual e comum também

---

86 Em geral depois de Wollschläger 1970 e Emmerich (*Münchner Kommentar zum BGB*, antes do § 275); tão decidido quanto claro agora U. Huber in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, W. Ernst e R. Zimmermann (ed.), 2001, p. 31-184; sobre a situação no crítico § 463 esclarecedora agora Sibylle Hofer, *AcP* 201 (2001), p. 275-292.

87 Cf. com profundidade OESTMANN, Peter. *Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung*, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, vol. 85 (2002), p. 409-437.

88 Sobre isso contundente no HKK (nota 1) o comentário de Martin Schermeier, §§ 116-124, resumido no nr. 25 segs.

89 Sobre isso no *HKK* (nota 1) o comentário de Mathias Schmoeckel, §§ 164-181, p. ex. nr. 20s., 33.

90 Sobre isso no *HKK* (nota 1) o comentário de Peter Oestmann, §§ 145-156, enfatizando principalmente os princípios.

91 Abrangente por último CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in: AcP 200 (2000), p. 273-364. Contudo, o jogo de linguagem formal-material no sentido de forma-matéria ou direito-fato permanece, enquanto que, caso se tratasse de organização jurídica da liberdade, não seria nem formal, nem material e sim efetiva. Além disso, falta a idéia central de limitação apenas segundo o critério liberdade.

devem ser pensados a partir do critério liberdade. Isso possibilita e ordena uma ajuda emancipadora, proíbe paternalismo e proteção como tais, e preserva a unidade do ordenamento jurídico com um direito privado livre e social num direito constitucional livre e social[92].

[92] No sentido da agora clara dogmática do art. 20, especialmente em GRÖSCHNER, A. in: DREIER, H. (ed.), *GG-Kommentar*, vol. 2, 1998, art. 20 (Estado social).